

concretas sobre los aspectos cruciales, pero que aún debe pasar el trámite de ser aprobado por los miembros del Consejo. Ambos Consejos reguladores llegan a conclusiones prácticamente idénticas en cuanto a la forma de registrar los ACS, aunque abordan el tema desde ópticas diferentes (la parte privada y la parte pública).

En España, el ICAC y la IGAE, reguladores contables nacionales en materia de contabilidad privada y pública, respectivamente, se encuentran inmersos en las labores de reforma contable de sus respectivos planes y otra normativa contable.

Por lo que se refiere a la contabilidad de empresas, el tratamiento de los ACS será un tema a debatir en la redacción de la nueva adaptación del PGC 2007 a las empresas concesionarias de autopistas, túneles, puentes y otras vías de peaje. Esta adaptación, junto con la de empresas dedicadas al saneamiento y abastecimiento de aguas, deberían estar aprobadas antes de finales de 2008, según establece la Disposición final cuarta del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el PGC 2007.

No hay que olvidar, por otro lado, que cuando la IFRIC-12 sea adoptada por un Reglamento de la Unión Europea, ésta será de obligado cumplimiento en la formulación de las cuentas anuales consolidadas de grupos contables en los que alguna de las empresas que lo constituyen emitan valores admitidos a cotización en cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

El problema es que la IFRIC-12 se basa en un criterio de control para determinar qué sujeto contable debe registrar la infraestructura asociada a un ACS, mientras que, hasta ahora, la normativa contable española era más partidaria de seguir el criterio de asunción de riesgos y ventajas asociados a la titularidad del activo en cuanto al reflejo en cuentas del mismo.

En materia de contabilidad pública, cabe esperar que el futuro Plan General de Contabilidad Pública, en el que trabaja la IGAE, incluya el registro de los ACS desde el punto de vista de la entidad pública concedente, y habrá de decantarse por el criterio de control seguido por los reguladores internacionales o, por el contrario, por apartarse de tal criterio y disponer que las infraestructuras objeto de un ACS, al igual que otros inmovilizados, deben ser registradas por los sujetos que asumen los riesgos y ventajas inherentes a la titularidad de las mismas. Las IPSASB constituyen un referente importante pero no obligatorio para nuestra contabilidad pública.

Cabe pensar en cualquier caso que ambos reguladores nacionales llegarán a soluciones homogéneas.

Los diferentes modelos de colaboración público-privada y su control

José Antonio Esperón Lázaro
Letrado del Tribunal de Cuentas

1. INTRODUCCIÓN

El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, es un contrato de carácter residual y así se establece, expresamente, en el apartado 2 del artículo 11 de la Ley, a cuyo tenor *«sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas»*. Este apartado se introdujo durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley con la motivación de *«precisar el carácter “residual” del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, que es subsidiario respecto a otras figuras contractuales»* (enmienda número 159 del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso). Por consiguiente, y en coherencia tanto con la letra de la norma como con la finalidad perseguida por el legislador, parece claro que uno de los objetivos prioritarios en el control de este tipo de contratos ha de ser el de verificar la justificación de la imposibilidad de utilización de otras «fórmulas alternativas» de contratación (obsérvese la extraordinaria amplitud del concepto legal utilizado).

Por otra parte, en la Ley de Contratos del Sector Público apenas existen elementos diferenciadores entre el contenido del contrato de colaboración público-privada y el del contrato de concesión de obra pública ni tiene cobertura en esta norma la hipótesis de que, cuando una obra no sea susceptible de explotación económica, no

puede utilizarse la concesión de obra pública y debe, necesariamente, acudir al contrato de colaboración público-privada, poniéndose, como ejemplos de especial procedencia de esta fórmula de contratación, la construcción de hospitales o de edificios administrativos para su posterior arrendamiento a la Administración. Tampoco figuran en la Ley algunos de los elementos que podrían considerarse propios de esta figura contractual (la asunción por el contratista de la titularidad del inmueble construido y el destino del inmueble para su arrendamiento a una Administración Pública). Un hospital público, al menos teóricamente, podría ser susceptible de explotación económica, aunque ello fuera mediante fórmulas de financiación alternativas al cobro de precios a los usuarios, tales como «precios en la sombra» o subvenciones. La finalidad del arrendamiento del inmueble a la Administración no sólo no se menciona en el articulado de la Ley, sino que, incluso, parece que la Ley apunta hacia otros objetivos para este tipo de contratos: así, el contrato de colaboración público-privada se configura como un contrato dirigido, fundamentalmente, a la consecución de unos objetivos definidos y evaluables a lo largo de toda su duración y relacionados con la prestación de servicios y la consiguiente explotación de las obras [véanse los arts. 11, 118.1, 120.c) y d) de la Ley de Contratos del Sector Público].

En el artículo 11 de la Ley de Contratos del Sector Público se define el contrato de colaboración público-privada como aquél mediante el cual una Administración encarga a una entidad de derecho privado *«la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, obras o de suministros..., comprenda alguna de las siguientes prestaciones...»*. La contratación de la construcción de un edificio (hospitales o edificios administrativos) para su arrendamiento a la Administración una vez construido no encaja en la finalidad pretendida por el legislador para este tipo de contratos, por lo que, de producirse, tal actuación podría implicar un fraude de ley.

La línea divisoria entre los contratos de concesión de obra pública y los de gestión de servicios, por una parte, y los de colaboración público-privada, por otra, en la nueva Ley de Contratos del Sector Público es significativamente difusa porque los objetos de ambos tipos de contratos son muy similares (véanse los arts. 7, 8 y 11 de la Ley); confusión que se aprecia, particularmente, en el artículo 290, relativo a la duración de los contratos de colaboración público-privada, en el que se concibe, incluso, la existencia de contratos de esta naturaleza en los que *«por razón de la prestación principal que constituye su*

objeto y de su configuración, el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión de obra pública».

2. PROBLEMÁTICA DEL CONTROL PREVIO DE ESTOS CONTRATOS Y SU INCIDENCIA EN EL CONTROL POSTERIOR. OBJETIVOS DE LA FISCALIZACIÓN EXTERNA

Previamente al análisis de la problemática que afecta al control externo y *a posteriori* de los contratos de colaboración público-privada, es conveniente hacer una breve referencia sobre la relación existente en estos contratos, entre dicho control y las circunstancias en que puede desarrollarse el control interno y previo durante la tramitación de los correspondientes expedientes de contratación.

El control interno y previo se lleva a cabo, normalmente, en tres momentos o etapas a lo largo de la tramitación de los expedientes de contratación, a saber: el control técnico y normativo de los proyectos de obras cuyos resultados se ponen de manifiesto en los informes de supervisión de los proyectos, el control de legalidad sobre el contenido del clausulado de los contratos, que se materializa en los informes de las asesorías jurídicas sobre los pliegos de cláusulas administrativas particulares, y el control de legalidad sobre el gasto inherente a cada contrato, que se materializa en los informes de las Intervenciones sobre las correspondientes propuestas de gastos.

Este esquema de control se ve notablemente alterado en la nueva regulación procedimental de los contratos de colaboración jurídico-privada, como veremos a continuación:

En primer lugar, por la previsible indefinición de las prestaciones constitutivas de su objeto. En este sentido, nos encontramos ante unos contratos particularmente complejos, entendiéndose por tales, según los artículos 118 y 164 de la Ley de Contratos del Sector Público, aquellos en los que el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir los medios técnicos aptos para satisfacer las necesidades u objetivos, además de aquellos casos en los que el órgano de contratación no esté en condiciones de establecer, unilateralmente, los mecanismos jurídicos y financieros necesarios para llevarlos a cabo.

Cuando el objeto del contrato consista en la ejecución de obras o cuando las obras formen parte de un objeto más amplio, la complejidad de orden técnico implicará, generalmente, la imposibilidad o inconveniencia de redacción del correspondiente proyecto por la

Administración, hipótesis, además, expresamente prevista en el artículo 11.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, que permite al contratista colaborador «en los términos previstos en el contrato... realizar, total o parcialmente, los proyectos». A diferencia del supuesto previsto en el artículo 108.1 de la Ley de Contratos del Sector Público para la contratación conjunta de proyectos y obras, en el que se requiere una supervisión preceptiva de los proyectos redactados por los adjudicatarios, aunque no previamente a la adjudicación del contrato, formando parte de las actuaciones preparatorias, sino con posterioridad a la formalización del mismo (art. 108 de la Ley de Contratos del Sector Público), en los contratos de colaboración entre el sector público y el privado no se regula el control de los proyectos, aunque podría establecerse en el clausulado del contrato [art. 120.g) de la Ley de Contratos del Sector Público]; a estos efectos debemos tener en cuenta que la adjudicación de los contratos administrativos, categoría en la que, específicamente, se hallan comprendidos los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, según el artículo 19 de la Ley de Contratos del Sector Público, es el acto mediante el que se perfeccionan los mismos y, por tanto, a partir del cual nacen las obligaciones y los derechos entre las partes (art. 27 de la misma Ley); habida cuenta de que la adjudicación es anterior a la formalización del contrato, puede resultar que la Administración resulte vinculada con una empresa antes de concretarse aspectos importantes en el clausulado del contrato.

En segundo lugar, en estos contratos el pliego de cláusulas administrativas particulares se sustituye por un denominado «documento descriptivo», característico del diálogo competitivo (art. 165 en relación con el art. 119 de la Ley); documento cuyo sometimiento al control previo de legalidad por parte de las asesorías jurídicas no está previsto en la Ley, a diferencia de lo que ocurre con respecto al pliego de cláusulas, para el que se establece expresamente este control en el apartado 6 del artículo 99 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Por último y en tercer lugar, la preceptiva utilización del procedimiento del diálogo competitivo (art. 164.3 de la Ley de Contratos del Sector Público), directamente relacionado con la supuesta complejidad de los contratos, aporta no pocas dosis de incertidumbre y de riesgos añadidos desde la óptica del control previo, ya que permite que la cobertura financiera del contrato pueda no determinarse por la Administración contratante previamente a la licitación del contrato, contrariamente a lo que sucede en la generalidad de los contratos

en los que este aspecto se materializa en la tramitación del expediente de gasto, simultánea a la del expediente de contratación, y se concreta en la aprobación del gasto, previo informe de la Intervención, inmediatamente antes de la apertura del procedimiento de adjudicación.

En el procedimiento de diálogo competitivo, por el contrario, la cobertura financiera del contrato puede ser uno de los aspectos objeto del diálogo con los licitadores o «candidatos», ya que, según el artículo 166 de la Ley de Contratos del Sector Público, *«en el transcurso de este diálogo podrán debatirse todos los aspectos del contrato»*. Por consiguiente y en la hipótesis de que la cobertura financiera fuese uno de los aspectos incluidos en el diálogo, el control previo del gasto público propio de las Intervenciones podría no tener lugar, porque, a tenor de lo dispuesto en el apartado 4 del precitado artículo 166, *«tras declarar cerrado el diálogo e informar de ello a todos los participantes, el órgano de contratación les invitará a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo»*, y, por tanto, no se daría entrada en esta fase del procedimiento a la Intervención, que podría quedar absolutamente marginada de la concreción de la cobertura financiera del contrato.

A la vista de las consideraciones anteriores y sin perjuicio de lo que pueda establecerse en la normativa presupuestaria, es posible concluir que, en la nueva regulación jurídica de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector-privado, la relevancia del control previo puede ser mínima e incluso nula, lo que en absoluto resulta tranquilizador e implica una traslación del control a otros momentos posteriores al nacimiento del contrato.

Desde esta perspectiva, el control externo que, por su propia naturaleza, es un control *a posteriori*, dado que se realiza a partir de la rendición de cuentas o de la remisión de los contratos, adquiere una extraordinaria relevancia y, por ende, el ejercicio de la función fiscalizadora, propia del Tribunal de Cuentas y de los órganos autonómicos equivalentes de control externo.

El objetivo de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas está fijado en el artículo 9 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y no es otro que verificar el sometimiento de la actividad económico-financiera a los principios de legalidad, eficiencia y economía; principios que se reiteran y desarrollan en el artículo 13 de la Ley al establecerse cuál ha de ser el contenido del informe o memoria anual del mencionado Tribunal.

3. FISCALIZACIÓN Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El primero de los principios informadores del ejercicio de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas, enunciados en su normativa, es el de legalidad, que consiste en la comprobación del sometimiento de las actuaciones a «*la Constitución, las Leyes reguladoras de los ingresos y gastos del sector público y, en general, de las normas que afecten a la actividad económico-financiera del mismo*» [art. 13.1.a) de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas].

Desde esta perspectiva, la fiscalización externa de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado adolece de una problemática importante: en primer lugar, por la muy escasa regulación de este tipo de contratos contenida en la Ley de Contratos del Sector Público y, en segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, por las amplísimas facultades discrecionales que dicha normativa reconoce al gestor; problemática que podría concretarse en los siguientes aspectos:

Según el artículo 118 de la Ley de Contratos del Sector Público, para iniciar la tramitación de un expediente de contrato de colaboración público-privada es necesario elaborar un documento denominado «evaluación previa», en el que, según expresión literal del citado artículo, «*se ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación...*» una serie de aspectos. Llama la atención que la expresión utilizada por el legislador sobre la finalidad de esta evaluación haya sido la de poner de manifiesto determinadas cuestiones y no justificarlas o acreditarlas, es decir, demostrar su verdadera existencia, por lo que, en la fiscalización, es posible que nos encontremos, frecuentemente, con esta limitación inicial, lo que implicará la realización de pruebas específicas adicionales para verificar la efectiva existencia de los supuestos de hecho requeridos por la normativa para celebrar este tipo de contratos.

No obstante, debemos tener en cuenta que este documento complementa al previsto con carácter general para toda la contratación del sector público en el artículo 22 de la Ley de Contratos del Sector Público, a cuyo tenor, antes de iniciarse un procedimiento de adjudicación, deben determinarse con precisión «*la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas...*», si bien no se especifica el tipo de documento en que esta actuación debe materializarse.

El contenido del programa funcional (art. 119 de la Ley de Contratos del Sector Público) que ha de incluirse en el del documento descriptivo para el diálogo competitivo (art. 165) y que, como anteriormente se ha comentado, en estos contratos sustituye a los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, según el artículo 93.3 de la Ley, apenas está perfilado en la Ley. Así, en el primero de los artículos citados, sólo se indica que el programa funcional *«contendrá los elementos básicos que informarán el diálogo con los contratistas y... se identificará... la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer; los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo, y los criterios de adjudicación del contrato»*.

Nos encontramos, pues, con una regulación jurídica que nada tiene que ver, por tanto, con la pormenorizada y exhaustiva ordenación del contenido de los pliegos, especialmente del pliego de cláusulas administrativas particulares, en la vigente normativa legal y reglamentaria. El diferente tratamiento legal de los pliegos de cláusulas administrativas particulares con respecto a los programas funcionales se pone de manifiesto en un aspecto de particular relevancia, cual es el de los criterios de adjudicación del contrato: mientras en el artículo 134.1 de la Ley de Contratos del Sector Público se indican, aunque con carácter orientativo y no limitativo, una serie de criterios específicos que pueden utilizarse en la adjudicación de los contratos, esta enunciación de criterios no aparece en la regulación específica de los contratos de colaboración público-privada contenida en el artículo 119, de forma que el gestor podría albergar la peligrosa idea de carecer de un marco de referencia uniforme, lo que, previsiblemente, daría lugar a una notable disparidad de criterios de adjudicación en contratos similares, aunque, habida cuenta de que el artículo 134 de la Ley forma parte de la Sección 1ª del Capítulo I del Título I del Libro III, relativa a las normas generales para la adjudicación de todos los contratos, sin distinción de procedimientos, en puridad los criterios del artículo 134.1 también serían de aplicación al diálogo competitivo y, por tanto, a los contratos de colaboración jurídico-privada, así como las restantes orientaciones y prescripciones contenidas en el precitado artículo.

Hay aspectos esenciales de la vinculación jurídica entre el contratista y la Administración que quedan al margen de la regulación normativa y reglamentaria establecida para la generalidad de los contratos, permitiéndose su establecimiento discrecional mediante la negociación con las empresas en el contexto del diálogo competitivo.

Este vacío legal es de tal magnitud que puede afirmarse que el contrato administrativo, categoría en la que se encuadran formalmente los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, según el artículo 19.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, podría resultar desnaturalizado por las amplísimas facultades discrecionales que la Ley de Contratos del Sector Público atribuye al órgano de contratación en la determinación del clausulado de estos contratos al permitirse la alteración de algunas de las notas características, tradicionalmente definitorias del contrato administrativo, y que tienen su máxima expresión en las denominadas «facultades exorbitantes de la Administración» (tales como la determinación unilateral del contenido del contrato, el *ius variandi* o poder de modificación y de interpretación unilateral del mismo o el principio de ejecución a riesgo y ventura del contratista) y que tienen como finalidad asegurar la prevalencia del interés público sobre el interés privado, a diferencia de la igualdad entre las partes, característica de la contratación privada.

La discrecionalidad en la configuración de estos contratos se manifiesta en la posibilidad de pactar cláusulas de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, contrarias al principio general de ejecución a riesgo y ventura de éste, contemplada en el artículo 199 de la Ley de Contratos del Sector Público, o condiciones distintas a las establecidas con carácter general en la normativa para proceder a la modificación o a la resolución del mismo [a incluir en el clausulado del contrato de conformidad con el art. 120.i) de la mencionada Ley].

4. FISCALIZACIÓN Y PRINCIPIO DE EFICACIA

Si tenemos presente que el control externo que realiza el Tribunal de Cuentas es posterior y no previo a la gestión, el ejercicio de la función fiscalizadora con respecto al principio de eficacia ha de tener como finalidad comprobar el grado de consecución de los objetivos programados, así como la idoneidad de dichos objetivos para la satisfacción del interés público o, en otras palabras, para la solución de las necesidades existentes que, en su momento, fueron invocadas por el gestor para justificar la tramitación y adjudicación del contrato de colaboración público-privada.

Este principio, que siempre ha de estar presente en las fiscalizaciones del Tribunal de Cuentas por disposición expresa de los artículos 9 y 13 de su Ley Orgánica, tiene una mayor trascendencia, si cabe,

en el control externo de este tipo de contratos, en consonancia con el marco legal regulador de los mismos.

En este sentido, el artículo 11.3 de la Ley de Contratos del Sector Público establece que *«la contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio... que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento»*; por otra parte, al regularse el contenido de la «Evaluación previa», en el artículo 118.1 se indica que deben ponerse de manifiesto *«los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos propuestos»*, y, finalmente, una de las cláusulas de preceptiva inclusión en el documento de formalización de estos contratos, según el artículo 120.c) de la Ley de Contratos del Sector Público, debe referirse a los *«objetivos de rendimiento asignados al contratista, particularmente en lo que concierne a la calidad de las prestaciones de los servicios, la calidad de las obras y suministros y las condiciones en que son puestas a disposición de la Administración»*.

En consecuencia con esta regulación, el grado de cumplimiento de los objetivos programados y la idoneidad de los mismos adquiere una enorme relevancia en el control externo de estos contratos, lo que, a su vez, implica un difícil reto para todos los organismos e instituciones responsables de dicho control y, en particular, para el Tribunal de Cuentas, que necesitarán dotarse de medios personales y materiales altamente cualificados y especializados en las diferentes materias sobre las que puedan versar los contratos para verificar adecuadamente el grado de eficiencia y eficacia alcanzado en la gestión.

En conclusión, la fiscalización de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado deberá comprobar si se han establecido unos objetivos claros, concretos y evaluables con precisión, mediante los correspondientes indicadores de gestión, y si dichos objetivos son los adecuados para la satisfacción de las necesidades que en su día justificaron las contrataciones.

5. FISCALIZACIÓN Y PRINCIPIO DE ECONOMÍA

A partir del principio de eficacia podemos acercarnos ya al otro gran principio informador de la función fiscalizadora: el de economía en la gestión de fondos públicos. Ya no se trataría sólo de verificar si existen unos objetivos definidos, acordes con el interés público, mediante indicadores que permitan constatar su cumplimiento, sino también de analizar si dichos objetivos se han conseguido alcanzar con el menor coste posible; habida cuenta de que los recursos eco-

nómicos son siempre escasos y susceptibles de usos alternativos, habrá que examinar si su utilización ha sido razonable.

No se van a analizar aquí las diferentes formas de financiación de los contratos de colaboración entre el sector público, únicamente nos detendremos un momento a reflexionar sobre algunos aspectos puntuales y de particular interés en la fiscalización de estos contratos.

Según el artículo 118 de la Ley de Contratos del Sector Público, en la Evaluación previa a la apertura del procedimiento de adjudicación, ha de efectuarse *«un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio (el consabido «Value for Money»), de coste global o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación»*. Por consiguiente, cuando se fiscalice un contrato de este tipo habrá que comprobar, en primer lugar, si existían unas necesidades de interés público que pudieran justificar la propuesta de contratación y si la mejor opción para satisfacer estas necesidades consistía, precisamente, en el contrato de colaboración entre el sector público y el privado con preferencia a los demás contratos administrativos. En otras palabras, será necesario verificar si, en la Evaluación previa, se demuestra que ese tipo de contrato es más económico que otro, no bastando para ello con que se mencione de pasada la supuesta economía o se invoque una mera conveniencia, sino que deben figurar estimaciones, cálculos y datos precisos y convincentes de la bondad económica que del contrato se presume.

Además, el segundo párrafo del mencionado artículo permite al gestor realizar la Evaluación previa *«de forma sucinta»* cuando se den *«razones de urgencia no imputables a la Administración contratante que aconsejen utilizar el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado»*, sin que para ello se requiera que se trate de una urgencia *«imperiosa»*, a diferencia de la urgencia justificativa del procedimiento negociado [art. 154.e) de la Ley de Contratos del Sector Público]. La redacción de este segundo párrafo del artículo 118 es preocupante porque no sólo permite reducir el contenido de la Evaluación previa cuando exista una urgencia, sino que la supuesta urgencia es elevada a la categoría de justificación de la elección de la fórmula de contratación. La literalidad de este párrafo llevaría al absurdo de considerar que, cuando existan razones de urgencia, no será necesario acreditar nada de lo requerido en el párrafo anterior, sino que bastará con esas razones para utilizar el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado; sobrarían, pues, en este caso, las restantes consideraciones de índole económico-financiera o de efi-

cia, algo que, ciertamente, debemos rechazar por no compadecerse con la sistemática jurídica más elemental: la razón de ser de este contrato no puede consistir en la mera urgencia, ya que, para hacer frente a dicha urgencia y al margen de la restantes consideraciones, existen en la normativa otros cauces específicos: concretamente, la tramitación urgente del expediente, prevista en el artículo 96 de la Ley de Contratos del Sector Público, o el procedimiento negociado con invocación de imperiosa urgencia previsto en el apartado e) del artículo 154 de la misma Ley.

Por otra parte, y habida cuenta de que los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado sólo pueden adjudicarse mediante el procedimiento del diálogo competitivo (art. 164.3 de la Ley de Contratos del Sector Público), siempre estarán sujetos a la condición requerida en el citado artículo para la utilización de dicho procedimiento, a saber: la de tratarse de *«contratos particularmente complejos cuando el órgano de contratación considere que el procedimiento abierto o el restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato»*, considerándose a estos efectos *«que un contrato es particularmente complejo cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir... los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto»*, lo que implica, además de la justificación de la insuficiencia de medios del órgano de contratación, otra justificación negativa: la de la no utilización del procedimiento abierto o del procedimiento restringido.

Un aspecto que conlleva la existencia de un mayor riesgo en la fiscalización de estos contratos es el de la amplísima discrecionalidad de la que goza el gestor para fijar o no un precio cierto. En efecto, frente al principio general del precio cierto de los contratos del sector público, establecido en el apartado primero del artículo 75 de la Ley de Contratos del Sector Público, al que se llega, ordinariamente, mediante la tramitación del expediente de gasto y la aprobación del presupuesto de licitación, previamente a la licitación del contrato y la posterior determinación del precio del contrato mediante la selección de una oferta económica que no exceda de dicho presupuesto, en los contratos de colaboración entre el sector público y el privado la cobertura financiera del contrato y la remuneración del contratista son aspectos que pueden formar parte del diálogo competitivo entre la Administración y las empresas, de forma que se podrán llegar a resultados muy diversos en función de cómo se desarrolle dicho diálogo.

Así, junto al requisito establecido con carácter general en el artículo 26.1 de la Ley de Contratos del Sector Público de que en los con-